



COMENTARIOS DE ESPAÑA AL DOCUMENTO COCOM 09-24, RELATIVO AL PROYECTO DE RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE REGULACIÓN DEL ACCESO A LAS REDES DE ACCESO DE NUEVA GENERACIÓN (NGA)

En la pasada reunión del Comité de Comunicaciones, se presentó en el documento COCOM09-24 un proyecto de Recomendación de la Comisión sobre la regulación del acceso a las redes de acceso de nueva generación (NGA).

A este respecto, la Delegación Española desea hacer los siguientes comentarios:

1. Sobre la oportunidad y alcance de la propuesta de recomendación

España saluda la iniciativa de la Comisión y comparte firmemente los objetivos señalados en ella de aumentar la seguridad jurídica, la promoción de la inversión, la competencia y la innovación en relación con el desarrollo de nuevas redes de acceso.

No obstante, como ya se indicó en los comentarios realizados al anterior borrador presentado en octubre del año pasado en el documento COCOM 08-38, esta delegación considera que tanto el nivel de detalle de las disposiciones recogidas en el proyecto de recomendación como el tono excesivamente prescriptivo con el que dichas disposiciones se plantean resultan inadecuados al tratarse de un texto que, como se señala en su punto 2, se refiere de modo exclusivo al establecimiento de remedios por las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANRs) en el contexto del análisis de mercados.

En efecto, de acuerdo con el artículo 19 de la Directiva Marco, el objeto de las Recomendaciones de la Comisión es procurar la aplicación armonizada de las disposiciones del marco regulador para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 8 de la propia Directiva Marco.

En materia de definición y análisis de mercados, la Directiva Marco establece que es a las ANRs a quien corresponde identificar cuales son las obligaciones reglamentarias específicas (remedios) que, en cada situación, es más adecuado imponer a los operadores con Poder Significativo de Mercado (PSM). La razón para ello es que, por una parte, son las ANR las que conocen cada mercado nacional y, por tanto, las únicas capacitadas para establecer qué obligaciones son necesarias y proporcionadas en el mismo y, por la otra, en que la Comisión Europea carece de los conocimientos técnicos que sí puede disfrutar a escala comunitaria en otras áreas como la definición de mercados o PSM.

En este sentido, se menciona como dato relevante, la conclusión del fallo del TJCE en la sentencia Arcor¹, en la que se establece que las ANR son competentes para seleccionar los modelos de costes a aplicar en la fijación de tarifas reguladas.

Por tanto, con carácter general las recomendaciones relativas a remedios de mercados no han de entrar en detalles pormenorizados ni establecer soluciones específicas, pues ello priva a las ANRs de la flexibilidad y capacidad de apreciación que les otorga el marco regulador y, adicionalmente, conduce de modo necesario a que la solución planteada sea con frecuencia inadecuada o incompleta, pues cualquier propuesta detallada se mostrará inadecuada en muchos casos, habida cuenta de la diversidad de situaciones que, necesariamente, se producirán entre los diferentes EEMM e incluso dentro de cada Estado.

¹ Relativa a la aplicación del principio de orientación de las tarifas del acceso desagregado al bucle local en función de los costes.



Esto es lo que sucede con el proyecto de Recomendación que aquí se comenta, que como se verá alcanza un nivel de detalle excesivo y, adicionalmente, adopta un tono demasiado prescriptivo (pese a su carácter de recomendación), por lo que convendría su reformulación hacia una redacción más genérica que le haga más respetuoso con las responsabilidades asignadas en exclusiva a las ANRs y, por otra parte, facilite su aplicabilidad en un mayor número de situaciones.

Adicionalmente, al no disponerse de un estudio de evaluación de impacto sobre la aplicación de la Recomendación, aumenta la incertidumbre de sobre si la adopción por las ANRs de las soluciones concretas que en ella se proponen constituyen la vía más efectiva y eficiente para alcanzar los objetivos planteados en cada situación concreta.

2.- Comentarios generales al contenido del borrador de Recomendación

El nuevo proyecto de Recomendación introduce ciertas mejoras respecto al anterior borrador. En particular, se valora positivamente el hecho de que en aspectos tales como el tratamiento del riesgo o la fijación de precios en el acceso a conductos el grado de detalle de la Recomendación se ha reducido notablemente. Sin embargo, a pesar de algunas mejoras, el borrador contiene en su redacción actual elementos que suscitan preocupación y que se detallan a continuación.

Excesivo grado de detalle y directrices excesivamente prescriptivas y categóricas.

Como se ha señalado al inicio, el presente proyecto de Recomendación mantiene un enfoque excesivamente detallado en cuestiones de gran impacto en los mercados y que deberían dejarse a discreción de las ANRs. Así, la Comisión entra a definir innecesariamente detalles de implementación de los remedios que dependen en gran medida de las condiciones particulares de cada mercado.

En particular, la Comisión no justifica suficientemente la idoneidad de la gradación de los tipos de riesgo en función del punto/modo de acceso (Anexo I), como tampoco justifica el valor del plazo concreto de 6 meses para la elaboración de las ofertas de referencia (puntos 13 y 33) o, en el caso de la migración, el plazo concreto antes de que el operador con PSM proceda al desmantelamiento de centrales (punto 43). Este enfoque conduce necesariamente a que la solución planteada sea con frecuencia inadecuada o incompleta, habida cuenta de la diversidad de situaciones que, necesariamente, se producirán entre los diferentes Estados miembros e incluso dentro de cada Estado.

En contraposición a este grado de detalle en determinadas cuestiones, el borrador obvia proporcionar directrices en cuestiones relevantes para la regulación en un entorno NGA, como es el caso de la interacción entre la aplicación de la Recomendación y las eventuales obligaciones de regulación simétrica establecidas por las ANRs en virtud del artículo 12 de la Directiva Marco, o con otras disposiciones regulatorias tales como el acceso a infraestructuras de obra civil de otras empresas de suministros (gas, electricidad...), a infraestructuras físicas y a segmentos de terminación de bucle local que son propiedad de los dueños de los edificios o de los condominios (en caso de MDUs), o el acceso a infraestructuras o redes de comunicaciones electrónicas impulsadas por administraciones locales.

A pesar de que el ámbito de la Recomendación se limite a la imposición de obligaciones en el caso de existir PSM, debería aclarar cómo dicho marco se relaciona con otro tipo de disposiciones regulatorias, en particular con la imposición de medidas simétricas y el acceso a infraestructuras propiedad de los dueños de los edificios y condominios, lo que es esencial teniendo en cuenta que distintos Estados miembros han adoptado decisiones al respecto.

En este sentido, el objetivo de la Recomendación debería ser establecer los parámetros y objetivos generales de actuación de las ANRs, dejando a éstas el diseño detallado de su implementación, que se concretará a través del preceptivo análisis de mercado que, forzosamente, deben tener en cuenta las interacciones con los otros aspectos regulatorios



antes señalados. Tal planteamiento no es incompatible con el establecimiento de directrices claras y concisas, que permitan su correcta interpretación y una sencilla puesta en práctica, así como con la necesidad de establecer la posición de la Comisión respecto a cuestiones relevantes tales como la relación entre la regulación simétrica y asimétrica, clave en la regulación del segmento terminal.

Por otra parte, además de un inadecuado grado de detalle, las disposiciones del nuevo borrador se presentan de forma demasiado prescriptiva y axiomática, excluyendo la posibilidad de que circunstancias concretas entren en juego demandando medidas diferenciadas a las recomendadas. En este sentido, el hecho de que la Comisión establezca de modo determinista, sobre la base de una lista cerrada de criterios, cuáles serán los resultados de los análisis de mercados y el tipo concreto de medidas reguladoras a imponer por parte de las ANRs, reduce significativamente el grado de flexibilidad necesario para asegurar que la efectividad de las medidas impuestas para abordar los problemas de competencia observados.

Considerando que se trata de una Recomendación (no vinculante) en un área de intervención que compete exclusivamente a las ANRs, se hace necesario que la Comisión modifique la redacción del texto con el objetivo de aclarar que las recomendaciones dadas marcan la posición general de la Comisión, pero no excluyen la posibilidad de que, a la vista de las circunstancias concretas presentes en un mercado determinado, las ANRs puedan aplicar medidas diferentes debidamente justificadas. En este sentido, el tono excesivamente taxativo de la Recomendación podría ser atenuado con mínimos cambios al articulado, que aclaren que el modelo propuesto será aplicado “como norma general”, “en la mayoría de los casos”, “en principio”, etc. A pesar de que algunos artículos se sitúan en esta línea, es necesario que el conjunto de la Recomendación modifique su enfoque para encontrar el equilibrio adecuado entre la necesidad de proporcionar unas guías comunes al conjunto de las ANRs y la necesidad de mantener el margen de maniobra de las mismas para diseñar la regulación lo más eficiente y adaptada posible.

Se apuesta por un modelo de despliegue multifibra.

Destaca en el nuevo borrador el papel central del escenario de despliegue multifibra, teniendo en cuenta que se trata de una posibilidad que ni siquiera fue apuntada en el primer borrador o destacada entre las conclusiones de la consulta pública.

La Recomendación promueve este modelo al sugerir que se trata de una arquitectura que, por encima de las demás, puede traer competencia efectiva a los mercados de banda ancha en el entorno NGA. Esto justifica el hecho de que se plantee la posibilidad, en este tipo de despliegues, de relajar las obligaciones impuestas (en particular, en relación a la orientación a costes o no discriminación) o incluso de retirar totalmente las obligaciones al establecer que, en ciertas condiciones tasadas (anexo III), las ANRs deberían presuponer la ausencia de PSM.

Aunque se reconoce que se trata de un esquema atractivo en cuanto a que supone la inversión conjunta de varios operadores y una reducción del riesgo de inversión, la Recomendación propuesta presenta una serie de problemas.

En primer lugar, no puede concluirse que se trate del único modelo capaz de promover un entorno competitivo, ni existe la certeza de que el mayor potencial que presenta frente a otros modelos para el desarrollo de la competencia resulte a la postre determinante para que ésta se desarrolle de modo efectivo. Sin tales garantías, la promoción, vía regulación, de un único modelo (multifibra o cualquier otro) corre el riesgo de dirigir artificialmente al mercado hacia un esquema concreto de evolución competitiva, lo que se sitúa en conflicto claro con el principio de neutralidad tecnológica y excluye la posibilidad de que se desarrollen otros despliegues igualmente válidos.

Por otra parte, existen escasos ejemplos de despliegue multifibra en Europa, lo que dificulta extraer conclusiones sobre su viabilidad práctica y supone que cualquier afirmación categórica sobre su capacidad para promover la competencia resulta prematura.



Finalmente, la lista de criterios que definen para la Comisión cuándo este modelo resultará previsiblemente en competencia efectiva en los mercados es altamente cuestionable, pues sería necesario asegurar que se cubren mediante dichos criterios todas las posibles situaciones. En particular, en relación al Anexo III son cuestionables las conclusiones sobre que la presencia de dos operadores es suficiente para permitir una relajación de la orientación a costes, así como que el número de operadores o el tipo de despliegue es suficiente para concluir la no existencia de PSM. En consecuencia, el Anexo III y todas las referencias a los criterios en él incluidos deberían eliminarse de la Recomendación, siendo el análisis de mercado concreto el que determine qué condiciones intervienen y cuál es su relevancia en cada situación.

No se presta atención a la segmentación geográfica de mercados.

A pesar de que la aplicación de las disposiciones de la Recomendación lleva necesariamente a una situación de diferenciación geográfica de mercados/remedios (por ejemplo: en (a) zonas no reguladas (no PSM) o con regulación más ligera, que coincidirían con zonas multifibra donde se cumplen los criterios de la Recomendación; y (b) zonas (reguladas), que coincidirían con zonas no multifibra o zonas multifibra donde no se cumplen los criterios de la Recomendación), la Recomendación no contiene orientaciones sobre sus posibles implicaciones en la definición de mercados geográficos/remedios de ámbito inferior al nacional. Dichas orientaciones resultarían especialmente valiosas para las ANRs, teniendo en cuenta que varios países han procedido a la segmentación geográfica de mercados o remedios en entornos, o sobre parámetros, que no coinciden con los expuestos en la Recomendación.

3.- Comentarios específicos

Definiciones

- *“Punto de presencia metropolitano (MPoP)”*. Se define como un “punto de interconexión” [entre la red de acceso y la red troncal], siendo esta definición errónea pues, de acuerdo con el artículo 2 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva de Acceso) la utilización del término “interconexión” está reservado a la conexión física y lógica de redes de comunicaciones electrónicas. Puesto que la NGA (red de acceso) no es una red completa sino **una parte** de una red de comunicaciones electrónica, no debería hablarse aquí de “punto de interconexión” sino de “punto de conexión”.
- *“Fibra hasta el hogar (FTTH)”*. Sólo se consideran incluidas en la definición los despliegues enteramente realizados por el operador con PSM (o en colaboración entre éste y otros operadores) que incluyen un punto de terminación óptico situado en el domicilio del abonado, dejando fuera de la definición los despliegues en los que, a pesar de tener idéntica configuración física, el segmento de terminación es propiedad de otro agente, como puede ser el propietario o propietarios de un edificio de múltiples viviendas – MDU, o un tercer operador que haya desarrollado el despliegue como consecuencia de obligaciones simétricas.

La consecuencia es una aplicación restrictiva de las disposiciones relativas a los despliegues FTTH multifibra, que sólo serían aplicables a aquellos despliegues en los que el operador con PSM proporcionara el acceso al usuario.

Por otra parte, merecerían considerarse (en las definiciones o en las disposiciones de la Recomendación) la utilización de segmentos de terminación basados en pares metálicos que ofrezcan funcionalidades equivalentes a los de fibra óptica, como sucede con los sistemas de pares trenzados CAT6 y CAT7 que, desplegados en distancias de hasta 100 metros, pueden ofrecer accesos GigabitEthernet punto a punto entre el domicilio del abonado y el MPoP al igual que un despliegue FTTH.



Test de margin squeeze

Se acoge muy positivamente la referencia de la Recomendación a los tests de margin squeeze, aplicados de manera ex ante.

En España, en donde la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) cuenta con amplia experiencia en la definición y uso de este instrumento en el control de las ofertas minoristas del operador con PSM, se han podido demostrar los beneficios de esta medida como forma de asegurar la coherencia de precios y la compatibilidad de las ofertas del operador PSM con las normas de la competencia.

Mercado 4

- En el caso de despliegues FTTH, la Recomendación indica que independientemente de la arquitectura de red o de la tecnología utilizada para el despliegue de fibra, las ANRs deberían imponer la obligación de desagregación del bucle (art. 19 y 20).

Aunque el razonamiento de la Comisión que apoya esta especificación parece ser desincentivar la posible estrategia de los operadores con PSM de llevar a cabo despliegues que permitan sortear la obligación de acceso (dada la dificultad técnica de la desagregación en casos de despliegue punto a multipunto), quedaría por determinar cómo podrán las ANRs hacer efectiva dicha obligación si no existe viabilidad técnica para la misma.

Por otro lado, esta disposición entra en conflicto con los precedentes establecidos por la Comisión a través de sus cartas de comentarios para el mercado 4 en España, en donde no presentaron objeciones a la no desagregación de fibra (justificada por las limitaciones técnicas del despliegue GPON), limitándose la Comisión a invitar a la CMT a seguir la evolución del mercado.

Por lo tanto, si bien se comparte con la Comisión el interés de evitar comportamientos del operador con PSM orientados a evitar la imposición de obligaciones, no puede ignorarse las limitaciones técnicas que a día de hoy existen para la desagregación de la fibra en un esquema punto a multipunto. En este sentido, sería necesario modificar los artículos 19 y 20 introduciendo “NRAs should as a general principle”.

- Por otra parte, al igual que en la anterior propuesta, la Comisión señala que corresponde a las ANRs determinar el punto de concentración desde el que proporcionar acceso, para lo cual se indica que dicho punto deberá permitir al operador alternativo cubrir un número suficiente de usuarios. En este caso, sería necesario dilucidar qué base legal permitiría a las ANRs determinar dicho punto.
- Asimismo, como se ha comentado anteriormente, es difícil establecer cuál es la relación entre esta disposición y las posibles medidas simétricas impuestas en el interior de los edificios, ya que la propuesta de Recomendación se refiere únicamente a los operadores con PSM.
- El hecho de ligar la imposición de una obligación de acceso a infraestructura civil o de desagregación de sub-bucle a la demanda potencial no resulta adecuada. Dicha posibilidad debería mantenerse (siempre que se trate de una medida proporcionada) pues su eliminación puede suponer que determinadas formas de acceso nunca estén disponibles.

Un enfoque más coherente sería imponer acceso en términos genéricos independientemente del ejercicio de estimación de la demanda (lo que permitiría imponer obligaciones de acceso caso por caso si se producen solicitudes) y exigir la presentación de una oferta de referencia en caso de que se constate que existe demanda sustancial. Este enfoque proporcionaría mayor margen de maniobra a las ANRs para actuar con proporcionalidad en el mercado en el caso de que la demanda se activase. Según el enfoque de la Recomendación, en dicha situación, la ANR debería proceder a un nuevo análisis de mercado para poder imponer la obligación de acceso en el mercado, mientras que esquema antes propuesto permitiría atender a las necesidades de los alternativos de manera más ágil, al implicar únicamente la elaboración de la oferta de referencia. En



definitiva, sería necesario que la Recomendación apuntase los criterios de la demanda y el coste sobre el operador PSM como elementos a considerar por parte de la ANR en su análisis de *proporcionalidad de la medida*, aunque en ningún caso, hacer la decisión dependiente de los mismos, ya que otros criterios (no recogidos en la Recomendación o no previsibles) pueden ser relevantes en dicha decisión.

Mercado 5

En relación al artículo 41, que establece la suficiencia de una desagregación efectiva del bucle de fibra para el correcto funcionamiento del mercado 5, es preciso notar que no debería condicionarse la regulación del mercado 5 al funcionamiento efectivo de una medida concreta en el mercado 4 (en este caso la desagregación de fibra), puesto que el funcionamiento efectivo en este mercado también puede ser el resultado del conjunto de medidas distintas o complementarias a aquella (como podría ser, por ejemplo, la correcta implementación del acceso a conductos o de las medidas simétricas en el interior de los edificios), y es el correcto funcionamiento del mercado 4, y no las causas que lo provocaron, lo que justifica que se eliminen los remedios del mercado 5.

En línea con los comentarios generales arriba mencionados, se trata de una disposición demasiado prescriptiva que, como tal, cierra la posibilidad a que otras condiciones igualmente favorecedoras de la competencia, se tengan en cuenta.

Un texto alternativo, que tendría en cuenta estas inquietudes, se propone a continuación:

“41. Where, in the context of the analysis of the market 5, NRAs consider that the set of measures imposed in market 4 are effective and are likely to result in effective competition on the downstream market (in particular, access to the unbundled fibre loop, access to ducts or access to the terminating segment), NRAs should consider this as an indicator of no need to impose an obligation to impose bitstream access.”

Madrid, a 24 de julio de 2009